

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis für Begriffe des englischen Rechts	17
Einleitung	19
A. Antidiskriminierungsrecht im rechtspolitischen Diskurs	26
I. Faktische Benachteiligungen am Arbeitsmarkt: Daten aus England und der Bundesrepublik	27
1. England	28
a) Frauen am Arbeitsmarkt	28
b) Rassistische Diskriminierungen	29
c) Die Arbeitsmarktsituation verschiedener Altersgruppen	30
2. Deutschland	30
a) Frauen am Arbeitsmarkt	30
b) Rassistische Diskriminierungen	31
c) Die Arbeitsmarktsituation verschiedener Altersgruppen	31
II. Rechtliche Regulierung von Antidiskriminierung und wirtschaftliche Faktoren	32
1. Antidiskriminierungsgesetze und wirtschaftliche Effizienz	32
2. Sozialpolitische Wirkkraft von Antidiskriminierungsgesetzen	38
III. Zwischenergebnis: Einflussmöglichkeiten des Antidiskriminierungsrechts	41
B. Das europäische Gleichheitskonzept und sein Einfluss auf englische und deutsche Antidiskriminierungsgesetze	44
I. Bedeutung des Antidiskriminierungsrechts für die Regelung der Arbeitsbeziehungen auf europäischer Ebene	45
II. Zwischen formaler Gleichheit und Ergebnisgleichheit	49
III. Gleichheit auf Kosten der (Vertrags-)Freiheit?	53
IV. Europa: Effektive Chancengleichheit	56
1. Gleichheit und Vielfalt	57
2. Das Individuum als Leitbild	62
3. Das Verbot mittelbarer Diskriminierung als ausdrückliche Anerkennung der sozialen Realität	64
a) Die Gruppenbezogenheit des Verbots mittelbarer Diskriminierungen	66

b)	Verantwortlichkeit Einzelner für gesellschaftliche Missstände?	67
4.	Verhältnismäßigkeit	68
5.	Relative Gleichheit	70
6.	Zwischenergebnis	71
V.	Einfluss des europäischen Gleichheitskonzepts auf das englische und deutsche Recht	72
1.	England	73
a)	„Wäre da nicht sein Geschlecht“ – Die formalrechtliche Rechtsprechung englischer Gerichte	73
b)	Entwicklungen in Richtung materieller Gleichheit: Affirmative action, mainstreaming, positive duties	75
c)	Großbritannien als Vorbild in Europa: Die Kommission für Gleichstellung und Menschenrechte	79
d)	Zusammenfassung und Ausblick	81
2.	Deutschland	81
a)	Das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot: Art. 3 GG	82
(1)	Die subjektivrechtliche Dimension von Art. 3 GG	82
(2)	Ein Artikel, zwei Gleichheitskonzepte	83
(3)	Der Einfluss des Sozialstaatsprinzips und der Freiheitsrechte	85
b)	Bisherige Gleichbehandlungsgebote im Zivil- und Arbeitsrecht	87
(1)	§§ 611 a und b BGB a.F., § 612 III BGB	87
(2)	Gleichbehandlung im Arbeitsrecht: Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sowie § 75 BetrVG	89
c)	Europäischer Einfluss und das AGG: Neue Kontrollansätze	91
VI.	Zwischenergebnis: Das europäische Gleichheitskonzept	96
C.	Grundlagen des englischen Arbeits- und Antidiskriminierungsrechts	97
I.	Einführung in das englische Arbeitsrecht – employment law – insbesondere den Kündigungsschutz	97
1.	Kündigungsschutz	97
a)	Common law: „Wrongful dismissals“	98
b)	Statute law	99
(1)	“Unfair dismissals”	100
(2)	Betriebsbedingte Kündigung und das Auswahlverfahren – „redundancy selection“	102

(aa) Auswahlkriterien	102
(bb) „Redundancy payments“	104
(3) „Unfair constructive dismissals“	105
2. Prozessuale Fragen und Rechtsfolgen	106
a) Die Arbeitsgerichte und Prozessuelles	106
b) Rechtsfolgen erfolgreicher Kündigungsschutzklagen	109
(1) Common law: Wrongful dismissal	109
(2) Statute law: “Unfair” und “constructive dismissal”	110
II. Antidiskriminierungsrecht	111
1. Praktische Relevanz des Antidiskriminierungsrechts in England	112
2. Antidiskriminierungsrecht: Entwicklung bis zur Reform 2010	113
a) Rassistische Diskriminierung und Diskriminierung aufgrund ethnischer Herkunft	114
b) Geschlecht, sexuelle Orientierung, Transsexualität, Ehe und Lebenspartnerschaft	115
c) Behinderung	117
d) Alter	119
e) Religion und Glauben	121
f) Schließlich: Der Equality Act 2010 – Ein für alle Diskriminierungsmerkmale einheitliches Gleichheitsgesetz	121
III. Insbesondere: Diskriminierende Kündigungen – „discriminatory dismissals“	123
1. Maßregelnde Kündigungen – „Victimisation“	124
2. „Codes of Practice“	125
3. Diskriminierende Kündigungen wegen Behinderung: Pflicht zum Treffen angemessener Vorehrungen	126
4. Verhältnis von Antidiskriminierungsrecht und Kündigungsschutz	127
5. Prozessuale Fragen	128
a) Zuständige Gerichte, Fristen und Kosten	128
b) Beweislastverteilung	130
(1) Der Zwei-Stufen-Test	130
(2) Relevante Indizien für das Vorliegen einer Diskriminierung	131
(3) Wer ist richtige Vergleichsperson?	134
6. Rechtsfolgen	137
a) Schadensersatz	138
(1) Funktion des Schadensersatzes	138

(2) Ersatz materieller Schäden: Schadensersatz statt Wiedereinstellung	139
(3) Immaterielle Schäden	141
(4) „Aggravated damages“	142
b) „Recommandation“ und „declaration“: Präventive Ansätze effektiven Rechtsschutzes	143
IV. Zwischenergebnis zu Kapitel C.	144
 D. Diskriminierungsverbote bei Kündigungen im deutschen Recht	146
I. Die Problematik des § 2 IV AGG	146
1. Offensichtliche Europarechtswidrigkeit	146
2. Strittig: Die Lösung	147
a) BAG: § 2 IV AGG als Konkretisierung des Begriffs der Sozialwidrigkeit von Kündigungen	148
b) Europarechtskonforme Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln	149
c) Unanwendbarkeit von § 2 IV AGG	149
d) Stellungnahme	150
(1) Übertragbarkeit der Entscheidungen des EuGH zur Unanwendbarkeit nationaler Normen (Mangold und Kücüdevici) auf § 2 IV AGG	151
(2) Europarechtskonforme Auslegung vorzugswürdig aufgrund des Grundsatzes der Gewaltenteilung?	153
(3) Wirksamkeit gegenüber privaten Arbeitgebern und Vertrauenschutz	155
(4) Grenzen der europarechtskonformen Auslegung und Transparenzgebot	158
(5) Keine Änderung der bisherigen Dogmatik des Kündigungsschutzes durch das AGG?	162
(6) Zwischenergebnis: Streitentscheid zugunsten der Unanwendbarkeit von § 2 IV AGG	163
3. Rechtsfolgen diskriminierender Kündigungen und deren gerichtliche Durchsetzung	164
a) Rechtsfolgen: Unwirksamkeit und Schadensersatz	164
(1) Ansichten von Literatur und Rechtsprechung	164
(2) Stellungnahme	167
(aa) Vorrang des Bestandsschutzes	167
(bb) Unwirksamkeit diskriminierender Kündigungen	169
(cc) Das europarechtliche Gebot effektiver Sanktionen	169

(dd) Ersatz immaterieller Schäden wegen der Verletzung von Persönlichkeitsrechten	172
(ee) Isolierte Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen unabhängig von einer Kündigungsschutzklage?	176
(3) Zwischenergebnis: Rechtsfolgen diskriminierender Kündigungen	177
(aa) Zusammenfassung: Ersatz immaterieller Schäden zusätzlich zum Bestandsschutz	178
(bb) Konsequenzen für Anwendung und Auslegung von § 2 IV AGG	178
(4) Rechtsprechung aus England zur Bemessung der Entschädigung diskriminierender Kündigungen	180
(aa) Verletzte Gefühle und gesundheitliche Schäden nach der Kündigung und während des Prozesses	181
(bb) Maßregelnde Kündigung: Gezieltes Hinarbeiten auf eine diskriminierende Kündigung als erschwerender Bemessungsfaktor	182
(cc) Kategorisierung anhand der Intensität der Diskriminierung(en), insbesondere deren zeitlicher Dauer	183
(dd) Zusammenfassung von (4) – Entschädigung für diskriminierende Kündigungen in England – und Rückschlüsse für § 15 II AGG	185
b) Klagefrist	188
(1) Unwirksamkeit der Kündigung: Klagefrist des § 4 KSchG	189
(2) Europarechtskonforme Auslegung von § 5 KSchG	191
(3) Immaterieller Schadensersatz: Klagefrist des § 15 IV AGG?	192
(4) Exkurs: Kündigungsfristen § 622 II 2 BGB unanwendbar	194
(5) Zusammenfassung: Klagefrist	195
c) Beweislast: § 22 AGG findet Anwendung	195
4. Diskriminierung als Teil eines Motivbündels – ein Sonderfall?	197
a) Bedeutung des diskriminierenden Motivs im Antidiskriminierungsrecht	198
(1) Blick nach England	198
(2) Knüpft das AGG an diskriminierende Gedanken an?	200

(3) Kündigung „aufgrund“ eines Diskriminierungsmerkmals	201
(4) Bedeutung der Beweislastverteilung und der hypothetischen Vergleichsperson	202
b) Zwischenergebnis: Diskriminierend motivierte Kündigungen sind unwirksam	204
c) Die Bedeutung der Möglichkeit zur rechtmäßigen Kündigung für den Umfang der Entschädigung	205
II. Zwischenergebnis: Diskriminierungsschutz neben Kündigungsschutz	207
E. Antidiskriminierungsrechtliche Aspekte des Kündigungsschutzes	209
I. Mittelbare Diskriminierung bei Kündigungen am Beispiel der Unvereinbarkeit von Einsatzorganisation und Betreuungspflichten	209
1. Vorüberlegungen	211
a) Geschlechtergleichstellung und die Unvereinbarkeit von Beruf und Familie	211
b) Das Verbot mittelbarer Diskriminierungen im englischen und deutschen Recht	214
c) Neue Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung: Unwirksame Kündigung wegen mittelbarer Diskriminierung aufgrund von Behinderung	216
2. Fallbeispiele aus der bisherigen Rechtsprechung in Deutschland	217
a) Verhaltensbedingte Kündigung aufgrund von Fehlzeiten oder Verspätungen	217
b) Außerordentliche Arbeitnehmerkündigung oder Änderungskündigung	217
3. Bisherige kündigungsschutzrechtliche Lösung ohne Berücksichtigung antidiskriminierungsrechtlicher Aspekte	219
a) Erstes Fallbeispiel	219
(1) Lösung bisher: Ermessensreduzierung auf Null bei der Ausübung des Weisungsrechts und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers	220
(2) In Zukunft: Ersatz immaterieller Schäden zusätzlich zum Bestandsschutz?	220
b) Zweites Fallbeispiel	221
(1) Bisherige Dogmatik des BAG: Eingeschränkte Berücksichtigung familiärer Belange	221

(2) In Zukunft: Auch Diskriminierungsverbote als Grenze des Weisungsrechts	222
4. Lösung der Fallbeispiele unter Berücksichtigung des Antidiskriminierungsrechts	224
a) Scheinbar neutrale Vorschrift, Kriterium oder Verfahren	226
(1) Englische Rechtsprechung: Gebot weiter Auslegung des Tatbestandsmerkmals	226
(2) Auswahl des Kriteriums oder Verfahrens in den Fallbeispielen	228
b) Merkmalsbezogene Benachteiligung „gegenüber anderen Personen in besonderer Weise“	229
(1) Vergleichsgruppenbildung und deren Auswertung	230
(2) Relevanz statistischer Nachweise: Die Problemstellung	232
(aa) Englische Rechtsprechung: Die Aussagekraft betriebsbezogener Daten	233
(bb) Englische Rechtsprechung: Anforderungen an die Höhe des prozentualen Unterschieds	234
(3) Auslegung der merkmalsbezogenen Benachteiligung „in besonderer Weise“ bei § 3 II AGG	236
(aa) Keine strengen Anforderungen an statistische Beweise	237
(bb) Kündigungen und Minderheiten im Betrieb	238
(cc) Erfahrungssätze oder Stereotype?	240
(dd) Andererseits: Notwendigkeit der Berücksichtigung statistischer Daten für effektiven Rechtsschutz	241
(4) Zusammenfassung und Konsequenzen für die Lösung der Fallbeispiele anhand des AGG	242
(5) Benachteiligung in besonderer Weise durch Unvereinbarkeit von Familie und Beruf	243
(aa) Datenmaterial	244
(bb) Vergleichsgruppenbildung	245
(cc) Aufteilung von Betreuungspflichten unter Eheleuten	247
(dd) Zwischenergebnis	248
c) Keine Rechtfertigung	248
(1) Bedeutung des Rechtfertigungserfordernisses: Zurechnungs- oder Abwägungsfrage?	248

(2) Die Entwicklung der englischen Rechtsprechung unter Einfluss des Europarechts	250
(aa) Einführung eines strengen, objektiven Prüfungsmaßstabs durch die Umsetzung der Bilka-Entscheidung	251
(bb) Zum Ermessensspielraum privater Arbeitgeber	253
(cc) Exkurs: Verbot mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts statt Teilzeitanspruch	256
(3) Die Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligungen im deutschen Recht	257
(aa) Diskriminierungsfreie Ziele, mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgt	259
(bb) Prüfungsumfang im Vergleich zum Kündigungsschutzrecht	260
(cc) Wahrung des Betriebsfriedens als Rechtfertigungsgrund i.S.v. § 3 II AGG – Antidiskriminierungsrecht und Unmut über „Sonderwünsche“	264
(dd) Vermeidung von organisatorischem Mehraufwand, insbesondere Kostenersparnis	268
(4) Die Angemessenheitsprüfung anhand der Fallbeispiele	271
(aa) Vergleich mit der Wertung in § 6 IV 1 b) ArbZG und § 15 VII Nr. 4 BEEG – dringende betriebliche Erfordernisse als Maßstab	272
(bb) Abgrenzung zu positiven Maßnahmen und angemessenen Vorkehrungen	275
(5) Zwischenergebnis zur Rechtfertigungsprüfung im Rahmen von § 3 II AGG	277
d) Zusammenfassung der Ergebnisse: Neuerungen durch eine antidiskriminierungsrechtliche Bewertung der Beispieldfälle im Vergleich zum (bisherigen) Kündigungsschutz	278
5. Rechtspolitische Fragen zur Bedeutung des AGG bei der vereinbarkeitsorientierten Arbeitszeitgestaltung	280
a) Aufrechterhaltung oder Überwindung von Geschlechterrollenklichthees?	281
b) Weiterer Handlungsbedarf	283
(1) Bedarf für kollektive Lösungen	284

(2) Notwendigkeit einer aktiven Förderung der Vereinbarkeit durch geschlechtsneutrale Regelungen zugunsten von Arbeitszeitarrangements als Kündigungsprävention	285
II. Betriebsbedingte Kündigungen: Sozialauswahl und Diskriminierungsverbote	287
1. Diskriminierende (Sozial-)Auswahlkriterien?	288
a) Das Lebensalter als Auswahlkriterium	290
(1) Bildung von Vergleichsgruppen – gibt es ein „schützenswertes“ Alter?	292
(2) Arbeitsmarktchancen und mögliche Ursachen altersbezogener Nachteile	294
(3) Zulässige Benachteiligungen aufgrund des Alters im Rahmen der Sozialauswahl	296
(aa) Rechtfertigung durch legitime Ziele im Interesse der Allgemeinheit	297
(bb) Keine Rechtfertigung durch Stereotype – die Bedeutung der Beweislast	299
(cc) Exkurs: Negativprognosen bei krankheitsbedingten Kündigungen und Altersdiskriminierung	301
(dd) Rechtfertigung der Berücksichtigung des Alters in § 1 III KSchG durch schlechte Arbeitsmarktchancen – Zulässigkeit einer typisierenden Betrachtung?	302
(ee) Altersgruppenbildung	307
(ff) Punkteschemata	310
(4) Zwischenergebnis zum Auswahlkriterium Alter: Handlungsoptionen bei der Sozialauswahl	311
(5) Ausblick: Alternsgerechte Arbeitsbedingungen	313
b) Betriebszugehörigkeit als Auswahlkriterium	314
(1) Mittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts	314
(aa) England	315
(bb) Bundesrepublik	316
(cc) Diskriminierungsfreie Berechnung: Berücksichtigung von Mutterschutz, Erziehungs- und Pflegezeit	317
(dd) Rechtsprechung von EuGH und BAG zur Berücksichtigung von Erziehungszeiten	318
(2) Mittelbare Benachteiligung jungen Alters	320

(3) Mittelbare Benachteiligung aufgrund von Behinderung	322
(4) Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe	323
(aa) Legitime Ziele: Belohnung für Loyalität oder sozialer Schutz?	324
(bb) Eignung des Mittels und Verhältnismäßigkeit: Um wessen Schutz geht es?	325
(cc) Rechtfertigungsgründe antidiskriminierungsrechtlich hinterfragen	326
c) Unterhaltpflichten	329
d) Schwerbehinderung	332
e) Die Problematik der Gewichtung von Sozialauswahlkriterien und Mehrfachdiskriminierungen anhand eines Fallbeispiels	333
f) Zusammenfassung und Ausblick – „differenzierte Gerechtigkeit“ im Rahmen der Sozialauswahl	335
2. Rechtfertigung diskriminierender Kündigungen durch wesentliche berufliche Anforderungen?	337
a) Englisches Recht: „Occupational Requirements“	338
(1) Vorrang anderer organisatorischer Maßnahmen	341
(2) Die Wesentlichkeit der gestellten Anforderung	342
(3) Englische Rechtsprechung zur Rechtfertigung diskriminierender Kündigungen durch berufliche Anforderungen	342
b) Deutsches Recht: Diskriminierungen bei der Herausnahme aus der Sozialauswahl gem. § 1 III 2 KSchG und deren Rechtfertigung	345
(1) Rechtfertigung gem. § 8 AGG	346
(2) Rechtfertigung gem. § 9 AGG	348
(3) Rechtfertigung gem. § 5 AGG	349
(4) Bewertung neuer Unternehmenskonzepte	349
c) Exkurs: Personen- und verhaltensbedingte Kündigungen	350
d) Betriebsbedingte Kündigungen außerhalb des Anwendungsbereichs von § 1 KSchG	351
e) Zwischenergebnis zu 2.	353
F. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	355
Literaturverzeichnis	359